

REVISTA DE DERECHO

PUBLICADA TRIMESTRALMENTE POR EL SEMINARIO DE DERECHO PRIVADO

DE LA

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES

DE LA UNIVERSIDAD DE CONCEPCION

DIRECTOR: DAVID STITCHKIN B.

DIRECCION Y ADMINISTRACION: ESC. DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES

AÑO XII - CONCEPCION (CHILE). ENERO - MARZO DE 1944 - N.º 47

INDICE

DAVID STITCHKIN B.	EL MANDATO CIVIL (CONTINUACION)	PAG.	1
MARIO CERDA MEDINA	SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS DEL DE- RECHO DE PERSECUCION CON OTRAS INSTITUCIONES	"	39
	JURISPRUDENCIA		
	ALZAMIENTO DE EMBARGO	"	71
	DESIGNACION DE COMROMISARIO	"	75
	COBRO EJECUTIVO DE PESOS	"	77
	EJECUCION	"	81
	INCIDENTE SOBRE SUSPENSION DEL PROCEDIMIENTO	"	85
	REIVINDICACION	"	89

DAVID STITCHKIN B.

EL MANDATO CIVIL

(Continuación)

CAPITULO CUARTO

De las personas que intervienen en el mandato

PRINCIPIO *general: unidad y pluralidad de partes.* — Hemos observado anteriormente la naturaleza contractual del mandato. En consecuencia, queda comprendido en la disposición del artículo 1438, conforme a la cual, contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa.

Las partes que se obligan se llaman aquí mandante y mandatario y pueden ser una o muchas personas, artículo 1438, inciso 2.º. Nada obsta, en consecuencia, para que sean varias personas o una sola la que encomienda la gestión y una o varias las que se hacen cargo de ella. Si sólo hay un mandante y un mandatario se dice que hay unidad de partes; si son varios, pluralidad de contratantes.

La ley ha repetido la disposición del artículo 1438 al reglamentar el mandato, estableciendo expresamente que puede

haber uno o más mandantes y uno o más mandatarios, artículo 2126.

Como la relación jurídica más simple se genera cuando intervienen sólo un mandante y un mandatario, nos referiremos primeramente a ella, y desde luego al mandante.

94.—*El mandante.*—Se llama mandante, o también comitente, la persona que confiere el encargo, artículo 2116.

Puede ser una persona natural o jurídica de derecho privado. Las personas jurídicas de derecho público se rigen por las leyes que las crean o por los estatutos administrativos. En este punto se ha resuelto que "el Fisco es una corporación de derecho público que se rige por leyes o reglamentos especiales, que deben aplicarse, por tanto, con preferencia sobre las generales o sobre las especiales de otro orden siempre que exista disconformidad entre unas y otras. En consecuencia, existiendo diversas leyes que determinan a quién corresponde la representación judicial del Fisco, no procede a su respecto aplicar el artículo 400 de la ley orgánica de tribunales que establece que "en la Corte Suprema y en las Cortes de Apelaciones no podrá ninguna parte presentarse en juicio sino por sí o por medio de un procurador del número", tanto porque esta disposición de carácter general no se aviene con aquella de carácter especial, cuanto porque la ley 1552 de 28 de Agosto de 1902 estableció textualmente que "la representación judicial del Fisco en juicio corresponde a las personas que hoy la ejercen y el Director del Tesoro podrá asumir esta representación por sí, o por medio de mandatario, cuando lo estime conveniente" (1).

En igual sentido hay otras sentencias respecto de la *representación* en juicio de las Municipalidades (2).

Lo dicho es sin perjuicio de la facultad que compete a los representantes de las Corporaciones de derecho público, de conferir mandatos a terceras personas para que ejecuten algunos de los negocios comprendidos en las funciones que les corresponden. Tal facultad dependerá, naturalmente, de las atribuciones que se señalen a dichos representantes en la ley o estatuto orgánico de la Corporación, o de las atribuciones que

(1) R. de D. y J. T. XXI. Sec. 1.ª. Pág. 225. Las referencias legales de la sentencia son disposiciones ya derogadas hoy día.

(2) R. de D. y J. T. XIX. Sec. 1.ª. Pág. 510.

EL MANDATO CIVIL

3

se les confieran posteriormente por la autoridad competente, como los Consejos directivos de las instituciones fiscales o semifiscales.

El mandato legítimamente otorgado por dichos representantes, obligará a la Corporación respecto de los terceros con quienes contrata el mandatario, si éste ha contratado a nombre de la Corporación, y la obligará también respecto del mandatario — en cuanto asume el carácter de mandante — si el representante de la Corporación lo otorgó, como es el caso, en el desempeño de sus funciones. Deben aplicarse aquí los principios generales que rigen el mandato y la representación.

Las Corporaciones de derecho privado son representadas por las personas a quienes la ley o las ordenanzas respectivas, o a falta de unas y otras, un acuerdo de la Corporación ha conferido este carácter, artículo 551 del Código Civil. A propósito de esta disposición debemos recordar que las Corporaciones de derecho privado pueden crearse por ley o por voluntad de los asociados, siendo necesaria, en este último caso, la aprobación del Presidente de la República. Si la Corporación es creada por ley, en ésta se designará al representante de ella o se indicará la forma de designarlo, y las facultades del representante estarán determinadas en la misma ley constitutiva. Si la Corporación se crea por iniciativa privada, en los estatutos se indicará la manera de elegir o designar a sus representantes, cuyas facultades o atribuciones serán las que se indiquen en los mismos estatutos o que se confieran por acuerdo posterior de la Corporación, válidamente tomado. En todo caso, el presidente de la Corporación o Fundación tiene la representación legal de la Corporación para comparecer en juicio, no obstante cualquiera limitación establecida en los estatutos o actos constitutivos de la Corporación. Así lo dispone el artículo 9 del Código de Procedimiento Civil, en resguardo de los intereses de los terceros, que en virtud de la disposición citada saben positivamente con quién deben seguir el juicio para que afecte a la institución demandada.

Las personas designadas en los estatutos o por acuerdo posterior de la Corporación, son mandatarios de ella y sus deberes y derechos, en lo que no digan los estatutos, se regirán por las disposiciones que reglan el mandato civil.

En cuanto a las sociedades industriales, también son repre-

sentadas por mandatarios designados por los socios en la misma escritura social o en el acto posterior, artículo 2071 del Código Civil. Las sociedades anónimas son administradas por mandatarios temporales y revocables, elegidos en la forma que prevengan sus estatutos, artículo 457 del Código de Comercio.

Las personas naturales pueden conferir mandato según las reglas generales y asumir el rol de mandantes.

En cualquier caso, lo que caracteriza esencialmente al mandante es que, por el contrato confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera.

95.—*Interés del mandante en la gestión o negocio que encomienda.*—La ley no exige que el mandante tenga interés personal en el negocio que encomienda, aun cuando esto sea lo que ocurre ordinariamente. El negocio encomendado puede interesar a otro y no por eso el comitente pierde el carácter de tal frente y con respecto del mandatario (3), pues lo que caracteriza al mandante es su intención o ánimo de correr personalmente, respecto del mandatario, los riesgos del negocio que le confía y de asumir los derechos y obligaciones derivadas de los actos ejecutados por el mandatario en el desempeño de la gestión.

Por la misma razón, el que confía la gestión no pierde su calidad de mandante si el negocio, además de interesarle a él personalmente, interesa también al mandatario, como si se estipula que corresponderán a éste parte de las utilidades que se obtengan.

Recordemos que esta estipulación no desvirtúa el mandato, según hemos visto al señalar las diferencias de este contrato con el de sociedad.

96.—*El interés de un tercero.*—El Código Civil admite que el negocio que encarga el mandante pueda interesar exclusivamente a un tercero. El artículo 2120 dispone al respecto que "si el negocio interesa juntamente al que hace el encargo y al que lo acepta, o a cualquiera de estos dos o a ambos y a un tercero, o a un tercero exclusivamente, habrá verdadero man-

(3) Baudry-Lacantinerie. Ob. cit. Pág. 241.

EL MANDATO CIVIL

5

dato; si el mandante obra sin autorización del tercero, se producirá entre estos dos el cuasicontrato de agencia oficiosa”.

Al disponerlo así expresamente, nuestro Código ha puesto término a una larga controversia suscitada entre los autores franceses respecto de la posibilidad de que el negocio encomendado interese exclusivamente a un tercero.

Debemos reconocer, sin embargo, que tanto nuestro Código, al aceptar que el mandato puede conferirse en el interés exclusivo de un tercero, como el Código Civil francés, al rechazar esa posibilidad, son consecuentes con sus principios en cuanto tal conclusión depende de la licitud o ilicitud de las estipulaciones para otro. En efecto, el Código Civil francés, contrariamente al nuestro en este punto, sienta el principio general de que no se puede estipular ni obligar a nombre propio sino para sí mismo, artículo 1119. Excepcionalmente admite la validez de la promesa de hecho ajeno para reconocerle eficacia sólo en cuanto da lugar a la acción de perjuicio contra el promitente, a quien lo asimila al fiador, artículo 1120, y la de la estipulación en favor de un tercero siempre que consista en la condición de una estipulación que se conviene para sí mismo — como ocurre en las obligaciones modales — o en una donación que se hace a otro, artículo 1121.

Marcadé y Pont, refiriéndose ya al mandato, se pronuncian por su ineficacia en el caso propuesto, aduciendo que el mandante no podría reclamar su ejecución, pues, no tratándose de un asunto que le concierne carecería de acción desde que es el interés en el resultado del juicio lo que da la medida de las acciones (4).

Estos mismos autores rebaten a Pothier, que se pronuncia por la eficacia del mandato conferido en interés exclusivo de un tercero, considerando que los ejemplos que éste propone no corresponden verdaderamente al caso en discusión.

Pothier, para apoyar su afirmación, nos da el ejemplo siguiente: Pedro ha partido al extranjero sin designar una persona que cuide sus intereses. En esta situación, yo encargo a otra persona para que ejecute las vendimias de los fundos de Pedro. Este mandato, sigue Pothier, se refiere a un negocio ajeno y no por eso deja de ser válido puesto que encargando

(4) Marcadé y Pont. Ob. cit. Pág. 447 N.º 819.

esta gestión, yo (el mandante) me obligo directamente hacia Pedro y por consecuencia, tengo interés en que el mandatario me rinda cuenta para que yo pueda, a mi vez, rendir cuenta a Pedro.

Marcadé y Pont observan que es cierto que en este caso el mandato es válido, y en este punto concuerdan con Pothier y los demás tratadistas, pero — agregan — en el ejemplo propuesto por Pothier el mandante tiene interés en el negocio, interés que consiste únicamente en librarse de la obligación que contrae para el tercero cuyo negocio encomienda, pero que es suficiente para dar eficacia al mandato. Y nosotros decimos — agregan estos autores — que el mandato es eficaz sólo cuando el mandante carece absolutamente de interés.

Laurent coincide con Marcadé y Pont: no existe mandato si el mandante carece de interés en la ejecución del mandato; esto sería la estipulación de un hecho inútil y una estipulación parecida está viciada en su esencia.

Los autores franceses más modernos han variado de opinión. Baudry-Lacantinerie se pronuncia por la validez de este mandato siempre que se refiera a una gestión de negocios asumida por el mandante, pues en caso contrario, dice, caería bajo la sanción de nulidad que se establece en el Código francés respecto de las estipulaciones por cuenta de otro.

En nuestro derecho la cuestión no presenta dificultad por cuanto se halla resuelta expresamente por la ley. Sólo interesa a nuestro estudio determinar las relaciones jurídicas que se producen entre el mandante y el tercero cuyo negocio encomienda.

El mandante puede actuar con autorización del tercero o sin ella. En el primer caso existiría un verdadero mandato entre ambos, en que el mandante asumirá el rol de mandatario respecto del tercero cuyo negocio ha confiado y éste, el de mandante respecto de aquél.

Si el mandante actúa sin autorización del tercero se produce entre ambos el cuasicontrato de agencia oficiosa. Lo establece así expresamente el artículo 2120 del Código Civil.

En cuanto a las relaciones entre el mandatario y el tercero, nos referiremos más adelante al tratar del mandatario.

97.—*La recomendación de negocios ajenos.*—Hemos visto que el mandato puede referirse a un negocio que no interese al

EL MANDATO CIVIL

7

mandante ni al mandatario sino exclusivamente a un tercero y no obstante es lícito y eficaz. En consecuencia tanto el mandante como el mandatario adquieren los derechos y contraen las obligaciones que se derivan de este contrato, sin que al reclamarse su ejecución pueda el mandatario alegar la falta de interés del mandante en la acción. Y esto porque, contrariamente a lo que arguyen Marcadé y Pont y Laurent, el mandante tiene interés en la acción puesto que al encomendar el negocio se obliga respecto del tercero como agente oficioso, si obra sin su autorización.

Observemos, de paso, que el error de estos tratadistas consiste en la confusión del interés en el negocio con el interés en la acción, que son dos cosas diferentes, porque lo primero supone que el mandante pretende obtener una utilidad del negocio encomendado, un interés pecuniario, mientras que el interés en la acción significa solamente el ejercicio de un derecho actual del demandante, no sujeto a plazo o condición pendiente y del que espera obtener un beneficio jurídico, como es el de exonerarse de responsabilidad frente al tercero por la gestión realizada. En consecuencia, el mandante puede no tener interés en el negocio, porque las pérdidas o beneficios que de él resulten no le perjudicarán ni aprovecharán, y tener interés en la acción, interés derivado tanto de su carácter jurídico de contratante (y esto depende de la eficacia que se reconozca a las estipulaciones por otro y para otro), como del beneficio jurídico que para el mandante resulte en cuanto de esa manera se exonerará la responsabilidad respecto del tercero, mediante una rendición de cuentas xactas y, si ha obrado como agente oficioso, probando la utilidad de la gestión encomendada a su mandatario.

Todo lo dicho tiene lugar siempre que el que encomienda la gestión del negocio ajeno lo haga con la intención de obligarse, de asumir por su parte los riesgos del negocio, contrayendo los derechos y deberes propios del mandante. En otros términos, la propuesta del mandante debe consistir en una verdadera oferta de contratar que se perfeccione por la aceptación del mandatario. Si el que propone a otro la gestión de un negocio ajeno no lo hace con la intención de obligarse como mandante, no hay mandato sino una simple "recomendación" de negocios ajenos, artículo 2121.

La recomendación de negocios ajenos no puede confundirse, en doctrina, con el mandato de negocios ajenos. Este es un contrato en que es necesario el concurso de voluntades, de las dos partes contratantes; existe, pues, un acreedor y un deudor. En cambio el que hace la recomendación no entiende obligarse, no se forma el contrato y no existen, por lo mismo, ni acreedor ni deudor (5).

La distinción entre recomendación y mandato, en los casos concretos que llegan a plantearse, es una cuestión de hecho cuya apreciación queda entregada privativamente a los jueces del fondo no siendo susceptible de casación, artículo 2121 del Código Civil.

Los tratadistas abundan en ejemplos, que, por lo mismo, tienen un valor puramente ilustrativo. Así, Durantón expresa: "Si escribo o digo a Pablo que puede prestarle dinero a Pedro quien lo necesita para un negocio; que Pedro es un hombre digno de que se le preste un servicio, que es honrado y solvente, no por eso confiero un mandato a Pablo de prestar dinero a Pedro; no entiendo obligarme sino recomendar a alguien que me parece digno de interés; la obligación no se presume. Si en vez de eso le digo o le escribo a Pablo que preste tal suma a Pedro o si doy a éste una carta de crédito para tomar de Pablo tal suma, confiero un verdadero mandato y contraigo responsabilidad a favor de Pablo por el préstamo que haga a Pedro (6).

Como ya lo hemos observado, la distinción entre el mandato y la recomendación es una cuestión de hecho que depende de la circunstancia que hayan rodeado la oferta o la recomendación. Si la oferta se ha hecho con la intención de obligarse, habrá mandato; en caso contrario, simple recomendación.

Como dice Durantón, la obligación por regla general no se presume. De aquí, entonces, que en caso de duda se entienda que hay recomendación y no mandato, artículo 2121 parte final.

98.—*Responsabilidad del que recomienda negocios ajenos*.
— La simple recomendación de negocios ajenos no es, en general, mandato. Por lo mismo, el recomendante no contrae res-

(5) Laurent Ob. cit. Pág. 407. N.º 357.

(6) Marcadé y Pont, Ob. cit. Pág. 460. N.º 837.

EL MANDATO CIVIL

9

ponsabilidad contractual alguna para el recomendatario, aunque éste haya llevado a efecto el negocio.

Pero si la recomendación se ha hecho de mala fe o con culpa, bien puede generarse una responsabilidad delictual o extracontractual para el recomendante ya que, por regla general, todo el que por un hecho suyo, culpable o doloso, causa daño en el patrimonio ajeno, es obligado a la reparación de los perjuicios. Pudiera argüirse que recomendar un negocio ajeno no es un hecho ilícito, puesto que la ley lo permite (artículo 2121), pero en verdad deja de serlo cuando se ejecuta con dolo o mala fe, ya que el dolo, por su propia naturaleza, transforma en ilícito cualquier hecho o acto (7).

La jurisprudencia francesa es abundante en este sentido, especialmente respecto de ciertos funcionarios públicos, como los notarios, que recomiendan a sus clientes negocios ajenos sin indicarles, al mismo tiempo, la forma en que deben ejecutarlos desde el punto de vista legal; para que no incurran en sanciones por la omisión de algún trámite o formalidad (8). O cuando se recomienda el préstamo de dinero a una persona cuya insolvencia era conocida del recomendante (9).

No cabe duda que en nuestro derecho rige el mismo principio. La recomendación de negocios ajenos equivale al consejo de un negocio propio del mandatario y, como lo veremos al tratar este punto, el consejo que se da maliciosamente obliga a la indemnización de perjuicios, según lo prescribe expresamente el artículo 2119.

Esta regla es de carácter universal. Así, el artículo 676 del Código alemán prescribe que el que da a otro un consejo o le hace una recomendación, no estará obligado a reparar el daño que resulte de haber seguido su parecer o su consejo, sin perjuicio de la responsabilidad que resulte de una relación contractual o de un acto ilícito.

El Código suizo no se refiere a este punto en el mandato pero se llega a igual conclusión aplicando las reglas generales y especialmente el artículo 7, que resta eficacia contractual a la oferta cuando de las circunstancias aparece que el oferente

(7) Marcadé y Pont. Ob. cit. Pág. 460. N.º 837.

(8) Véase nota anterior.

(9) Mourlon, Ob. cit. Pág. 499. N.º 1089.

no ha tenido intención de obligarse, sin perjuicio de la responsabilidad del oferente.

99.—*Capacidad del mandante; doble aspecto que presenta la cuestión.*—La capacidad del mandante debe considerarse en un doble aspecto o sentido: por una parte, en cuanto es hábil para celebrar el contrato de mandato y, por la otra, en cuanto no le está prohibido ejecutar por sí mismo el acto que ejecutará para él. su mandatario.

100.—*Capacidad del mandante para celebrar el contrato de mandato.*—Nada ha establecido el legislador en lo relativo a la capacidad del mandante, por lo que cabe aplicar las reglas generales. En consecuencia, el mandante debe ser plenamente capaz para contratar, esto es, de obligarse por sí mismo y sin el ministerio o autorización de otra persona, artículo 1445, inciso 2.º.

Así, pueden conferir mandato los mayores de 21 años no declarados en interdicción, artículo 26, inciso 2.º; los hijos de familia en los bienes relativos a su peculio profesional o industrial, artículo 246; la mujer casada separada de bienes, artículo 159; divorciada perpetuamente, artículo 173; o que ejerce una profesión, empleo, industria u oficio separados de los de su marido en lo relativo a sus bienes reservados, artículo 150, inciso 3.º, pues estas personas, en los casos y respecto de las cosas que se indican, se consideran mayores de edad y plenamente capaces para contratar.

En cuanto a los bienes que obligan por ese mandato, no cabe sino aplicar las reglas generales. Así, el mandatario de una mujer casada que posee bienes reservados y que en tal carácter ha conferido el encargo, puede hacer efectiva la responsabilidad de su mandante por la remuneración, expensas, etc., que le deba, sobre los bienes reservados de la mujer y excepcionalmente sobre los bienes del marido si éste hubiere accedido como fiador o de otro modo, a las obligaciones de la mujer o en cuanto hubiere reportado beneficio de las obligaciones contraídas por ella y hasta concurrencia del beneficio obtenido.

Como puede verse, en esta materia la capacidad del mandante se rige por los principios generales.

EL MANDATO CIVIL

11

Se requiere, además, que sea lícito al mandante ejecutar por sí mismo el negocio que confía al mandatario. Tampoco lo ha dicho el legislador expresamente, pero se llega a esta conclusión aplicando las reglas de la sana lógica. En efecto, el negocio que ejecuta el mandatario produce todos sus efectos jurídicos en el patrimonio del mandante. Por lo tanto, si la ley le prohíbe a éste ejecutar ciertos actos o contratos, es considerando que no debe gravar su patrimonio con las consecuencias jurídicas que de ellos deriven, sin importarle, en definitiva, que se llegue a ese resultado por un acto suyo personal o de otro que lo ejecute por cuenta y riesgo de aquél, como ocurre en el mandato.

Por consiguiente, el mandante no puede encomendar al mandatario la ejecución de un acto que le está prohibido y si lo hace, el mandato es nulo por ilicitud del objeto y esa nulidad es absoluta, artículos 1466 y 1682.

A la misma conclusión se llega según el artículo 1448, que tiene aplicación cuando el mandatario actúa a nombre de su mandante, en cuanto los actos ejecutados por aquel producen respecto del representado o mandante los mismos efectos que si hubiere contratado este mismo.

Si el mandatario actúa a nombre propio, no se obliga respecto de terceros el mandante, pero sí se obliga respecto del mandatario a asumir los efectos de los contratos celebrados por éste, de donde se desprende que para los efectos de la prohibición legal el mandatario actuará como interpósita persona, lo que no elude la sanción de nulidad que afecte el acto o contrato ejecutado.

Por tanto, sería nulo el mandato conferido por el padre de familia para celebrar una compraventa con el hijo suyo, y el conferido por un cónyuge no divorciado perpetuamente para celebrar el mismo contrato con el otro cónyuge, artículo 1796.

La mujer casada, dentro del régimen de sociedad conyugal, no puede conferir mandato para enajenar sus bienes raíces propios sin cumplir con los requisitos que establece el artículo 1754.

El menor de edad dentro de su peculio profesional tampoco puede conferirlo para enajenar sus bienes raíces sino llenando las exigencias del artículo 255.

Y, en general, no puede el mandante conferir mandato para actuar por él sino cumpliendo los requisitos y condiciones que

habría de llenar para ejecutar personalmente el negocio que encomienda (10).

Si el mandante es incapaz, el mandato es nulo absoluta o relativamente, según sea absoluta o relativa la incapacidad que le afecta.

Si la incapacidad del mandante es absoluta, el mandato será nulo absolutamente y podrá pedir que así se declare cualquiera persona que tenga interés en ello; el ministerio público en el interés de la moral o de la ley; el juez podrá declararla de oficio, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato y aun podrán pedir esa declaración los que contrataron — mandante o mandatario — ignorando o no debiendo conocer el vicio que invalida el acto, artículo 1683. Lo mismo se dice si el mandato tiene por objeto un acto o contrato que no era lícito ejecutar personalmente al mandante, pero en este caso la nulidad proviene de la ilicitud del objeto y nos referiremos a ella en su oportunidad.

Esta nulidad no podrá sanearse por la ratificación de las partes ni por un tiempo que no pase de quince años, artículo 1683.

Si la incapacidad es relativa el mandato será nulo relativamente; puede sanearse por el lapso de cuatro años, contados desde que cesa la incapacidad, o por la ratificación expresa o tácita del que tiene derecho de alegar la nulidad, si es capaz de contratar, artículo 1693 y siguientes.

En cuanto a la ratificación de que aquí se trata recordaremos que es de diferente naturaleza que aquella que se refiere a los actos ejecutados por el mandatario más allá de los límites de sus facultades o que hace el principal de los actos ejecutados para él por un agente oficioso. La primera tiene por objeto sanear un mandato nulo y equivale a la renuncia de la acción de nulidad; la segunda tiene por fin asumir los efectos de un acto válido pero que no afecta al ratificante y equivale a la renuncia de la excepción de inoponibilidad. No insistimos sobre este punto porque ya nos hemos referido a él cuando tratamos de las diferencias entre el mandato y la agencia oficiosa.

Declarada la nulidad del mandato por sentencia ejecutoriada, tienen derecho las partes para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato

(10) Baudry-Lacantinerie. Ob. cit. Pág. 209.

EL MANDATO CIVIL

13

nulo, artículo 1687, inciso 1.º, sin perjuicio de la excepción establecida en beneficio del incapaz para no ser obligado a restituir lo que hubiere recibido del mandatario sino en cuanto se hubiere hecho más rico con ello, artículo 1688, y sin perjuicio, también, de las prestaciones a que fuere obligado según las reglas de la agencia oficiosa, si el mandatario de buena fe hubiere ejecutado el acto nulo, conforme a lo prevenido en el artículo 2122.

En cuanto a los actos y contratos ejecutados o celebrados por el mandatario, ¿son válidos o nulos?

La mayor parte de los tratadistas se inclina por la nulidad de tales actos y contratos. Baudry-Lacantinerie sostiene que el acto es nulo, no obstante la buena fe del mandatario y aún de la del tercero que contrata con él, pues no puede asimilarse el acto ejecutado por el mandatario de un incapaz el que ejecuta un mandatario cuyo mandato ha expirado (11). En abono de su opinión cita abundantes fallos de los tribunales franceses.

En el mismo sentido se pronuncian Planiol y Ripert. La nulidad del mandato, expresan, se extiende a los actos ejecutados por el mandatario y perjudica a los terceros, salvo que éstos puedan invocar un mandato aparente (12).

Mourlon, acercándose más, en nuestro concepto, a la solución exacta, considera que en este caso el mandante puede ser perseguido por la acción in rem verso, o, lo que es lo mismo, por la de la agencia oficiosa, que como la de la mayor parte de los cuasicontratos, se funda en el principio del enriquecimiento sin causa (13).

Cabe observar, por último, que aun Planiol y Ripert, en cuyo concepto la nulidad del mandato alcanza a los actos ejecutados por el mandatario, resguardan los intereses de los terceros contratantes de buena fe, concediéndoles acción contra el mandante si han contratado en virtud de un mandato aparente, o sea ineficaz pero que los ha inducido a error en cuanto a su existencia o alcance (14).

Para resolver la cuestión en nuestro derecho seguiremos el mismo sistema adoptado anteriormente y distinguiremos las re-

(11) Baudry-Lacantinerie. Ob. cit. Pág. 211.

(12) Planiol y Ripert. Ob. cit. Pág. 786. N.º 1444.

(13) Mourlon. Ob. cit. Pág. 497. N.º 1086. Regla 3.ª.

(14) Planiol y Ripert. Ob. cit. Pág. 1500.

laciones jurídicas entre mandante y mandatario y las que se generen entre aquél y los terceros.

a) *Situación que se produce entre el mandante incapaz y el mandatario.*— Si el mandatario no ha dado principio a la gestión del negocio y el mandante obtiene que se declare la nulidad del mandato, se aplican las reglas generales, restituyéndose las cosas al estado anterior, como si el contrato no hubiere existido, artículo 1687. Pero si el mandatario hubiere ya ejecutado el encargo, es necesario distinguir si lo ha hecho de buena o mala fe, pues según el artículo 2122, el mandatario que ejecuta de buena fe un mandato nulo o que por una necesidad imperiosa sale de los límites de su mandato, se convierte en un agente oficioso. Esto significa, en consecuencia, que el mandante contrae las obligaciones propias del interesado, en los términos prescritos en el artículo 2290, y que el mandatario conserva todas las obligaciones que contrajo por cuanto, según el artículo 2287, las obligaciones del agente oficioso son las mismas que las del mandatario.

El artículo 2122 aparece, pues, como una excepción a los principios generales de la nulidad y en consecuencia prevalece sobre el artículo 1688 que concede al incapaz el derecho de no ser obligado a restituir o reembolsar al otro contratante lo que éste ha gastado o pagado en virtud del contrato sino en cuanto se probare haberse hecho más rica con ello la persona incapaz. Esta excepción ha sido establecida en beneficio del mandatario y por eso se atiende a su buena fe. La acción del mandatario contra el mandante incapaz deberá fundarse en las disposiciones pertinentes de la agencia oficiosa y la prueba se reducirá a acreditar que el negocio ha sido bien administrado, ya que son estas dos condiciones, una de derecho y la otra de hecho, las que imponen al mandante incapaz las obligaciones que establece el artículo 2290.

La buena fe a que se refiere el artículo 2122 consiste en la ignorancia del mandatario del vicio de nulidad que afecta al mandato. Esta ignorancia es relativa a las circunstancias de hecho y no de derecho. En el caso propuesto, en creer que el mandante es mayor de veintiún año, tratándose de un menor de edad, o una mujer soltera, si la incapacidad proviene del estado de matrimonio de la mujer mandante.

La buena fe se presume, según la regla contenida en el

EL MANDATO CIVIL

15

artículo 707, a la que se ha dado aplicación general aun cuando está contenida en el título de la posesión. En consecuencia, corresponde al mandante acreditar la mala fe del mandatario si pretende exonerarse de las obligaciones que surgen para él de la agencia oficiosa.

La buena fe del mandatario debe existir al dar principio a la gestión del negocio. Si el mandatario contrató de buena fe con el mandante pero después de celebrado el mandato y antes de dar principio a la gestión supo de la incapacidad que viciaba el mandato, no podrá acogerse al beneficio que le concede el artículo 2122. Nuestro legislador ha mantenido este criterio a través de numerosas disposiciones del Código, particularmente en las prestaciones mutuas a que da lugar la reivindicación, artículo 913, en el pago de lo no debido, artículo 2301 y en el mandato mismo, artículo 2173.

Si el mandatario ha ejecutado el encargo a sabiendas de que el mandante era incapaz, declarada la nulidad del mandato se aplican las reglas generales y el mandante puede acogerse al beneficio que en su favor establece el artículo 1688, antes citado. El mandatario, además, quedaría responsable de los perjuicios que de esa ejecución se siguieren para el mandante. No lo dice expresamente la ley, pero puede llegarse a esta misma conclusión, por analogía con lo dispuesto en el inciso 2.º del artículo 2173. En efecto, los contratos celebrados por el mandatario sabedor de la causa que ha hecho expirar el mandato, con terceros de buena fe, obligan al mandante respecto de estos terceros, pero tiene el mandante acción contra el mandatario para que le indemnice, acción de que carece cuando el mandatario ha obrado de buena fe, esto es, ignorando la extinción del mandato. El fundamento de la responsabilidad del mandatario, en el caso propuesto, es la mala fe, el dolo. Es cierto que mala fe y dolo no son conceptos semejantes, pero ambos dan lugar a sanciones que en nuestro caso deben consistir en la reparación del daño.

Por último, si de parte del incapaz ha habido dolo para ocultar al mandatario la causa de su incapacidad, ni él ni sus herederos o cesionarios podrán alegar la nulidad, artículo 1685. Por lo tanto, el mandato queda firme.

b) *Situación que se produce entre el mandante incapaz y los terceros.*—Si el mandatario ha contratado con los terceros

en su propio nombre, para nada interesa a éstos la validez o la ineficacia del mandato. Los terceros dirigirán su acción contra el mandatario personalmente obligado y harán efectivos sus derechos en el patrimonio de éste, artículos 2151, 1445 y 1545.

Si el mandatario contrató a nombre del mandante, los terceros deberán dirigir su acción contra éste, quien podrá excepcionarse alegando la nulidad proveniente de su incapacidad para obligarse. Según los principios generales, declarada la nulidad tienen derecho las partes para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo, y el incapaz podría alegar el beneficio que le concede el artículo 1688, ya citado.

La buena o mala fe del mandatario no altera esta situación, pues los terceros no pueden quedar entregados al estado de conciencia de otra persona, ni para perjudicarlos ni para aprovecharles. En cambio, parece equitativo considerar la buena o mala fe de los terceros para concederles o negarles, respectivamente, la acción de la agencia oficiosa. Así como la ley ha atendido a ese factor para fijar las relaciones jurídicas que se producen entre el mandante y el mandatario que ejecuta un mandato nulo, debe atenderse a él, también, para fijar las que se producen entre el mandante y los terceros. De este modo, si han contratado de buena fe, pueden obtener por la vía de la agencia oficiosa lo que se les niega por la acción de representación, y el incapaz queda debidamente protegido por cuanto, para que prospere la acción de los terceros, será necesario que prueben el beneficio que ha reportado de los contratos cuyo cumplimiento se le exige.

Esta conclusión no puede apoyarse en una disposición expresa de la ley y se llega a ella por aplicación de los principios generales que rigen el mandato. Como ya lo hemos observado, el artículo 2122 rige las relaciones entre el mandante y el mandatario. Por eso la ley atiende exclusivamente a la buena o mala fe de este último, a diferencia, por ejemplo, del artículo 2173, que rige las relaciones entre el mandante y los terceros y que, por eso mismo, atiende a la buena o mala fe de éstos. Pero precisamente de estas dos disposiciones se deduce que nuestra conclusión es correcta.

No obsta a lo dicho la circunstancia de que el mandante sea un absolutamente incapaz. Los terceros dirigirán su acción con-

EL MANDATO CIVIL

17

tra el representante legal de aquel, quien podrá invocar la nulidad absoluta. En tal evento, los terceros pueden, a su vez, invocar la agencia oficiosa, en los términos que ya hemos visto, pues los cuasicontratos se generan sin atender a la capacidad de las partes y en el caso de la agencia oficiosa, independientemente del interesado, que bien puede ser un demente, impúber, etcétera (15).

Deberán, naturalmente, dirigirse contra el representante legal del incapaz y probar que el negocio ha sido bien administrado, o, en otros términos, el beneficio que aquel ha reportado de la gestión.

*
* *

El mandante a de tener capacidad para celebrar el contrato de mandato y, naturalmente, para las demás estipulaciones accesorias en que quiera convenir. Esto tiene importancia especialmente en lo que se refiere a la remuneración que se obliga a pagar el mandante, pues para que esa estipulación sea válida es menester que el mandante tenga capacidad para obligarse a ello (16).

Así por ejemplo, la mujer casada tiene capacidad para otorgar mandato judicial en los litigios que siga contra el marido, sin necesidad de la autorización de éste, conforme a lo dispuesto en el inciso 2.º del artículo 134 del Código Civil, pero, según jurisprudencia reiterada de la Corte Suprema, no la tiene para estipular con su procurador el monto de los honorarios, siéndole necesario, para la validez de esa estipulación, autorización del marido o de la justicia en subsidio, en los términos prescritos en el artículo 143. No cumpliéndose con estos requisitos el mandato es válido pero sería nula la estipulación por la cual se determina el monto de los honorarios (17).

No obstante, hay quienes sustentan la tesis contraria y consideran que así como tiene capacidad para comparecer en juicios de esta especie, por sí o por procurador, la tiene también

(15) Planiol y Ripert. Ob. cit. T. VII. N.º 729.

(16) Baudry-Lacantinerie. Ob. cit. 211. N.º 414.

(17) R. de D. y J. T. X. Sec. 1.ª. Pág. 81.

para contratar su defensa y estipular sus honorarios con su abogado mandatario (18).

Como el caso concreto no nos interesa, no ahondaremos en él. Bástenos el principio general.

Por último, observemos que la capacidad del mandante debe existir al tiempo de celebrarse el contrato, de manera que si el mandante era incapaz en esa época, el contrato permanecerá viciado no obstante la capacidad posterior del mandante, a menos que en tal caso ratifique expresa o tácitamente (19).

101.—*Capacidad del mandante para ejecutar por sí el negocio que confía.*—El mandatario actúa por riesgo y cuenta del mandante, lo que supone que todos los efectos de los actos y contratos ejecutados o celebrados por aquel, recaeran sobre el mandante como si éste los hubiere ejecutado personalmente. Tal ocurre desde luego cuando el mandatario contrata a nombre del mandante, en virtud de la modalidad "representación" que incide en esos contratos, artículos 2151 y 1448, o en virtud de la rendición de cuentas y cesión de los créditos y deudas adquiridas y contraídas en el desempeño de su encargo, que hace el mandatario al mandante al término de su gestión.

Por esta razón dicen Planiol y Ripert que el acto ejecutado por el mandatario debe reputarse celebrado por el mandante y, en consecuencia, se requiere igual capacidad para conferir el mandato que para ejecutar personalmente el negocio cometido. Es necesario, entonces, agregar, considerar el objeto del mandato y preguntarse si el mandante tenía capacidad o no para ejecutarlo por sí mismo (20).

Laurent se remite en este punto a Tarrible, uno de los redactores del Código Civil francés, quien a su vez opina en igual forma que Planiol (21).

Por tanto, el mandante debe tener una doble capacidad, en cuanto ha de ser capaz de celebrar el contrato de mandato y de ejecutar por sí mismo el acto o contrato que por el mandato se encomienda.

Mourlon considera que es de la esencia del mandato que el

(18) R. de D. y J. T. X. Sec. 1.ª. Pág. 88.

(19) Baudry-Lacantinerie. Ob. cit. Pág. 211. N.º 415.

(20) Ob. cit. T. II. Pág. 786. N.º 1444.

(21) Laurent. Ob. cit. Pág. 446. N.º 394.

mandante sea capaz "en derecho" de ejecutar por sí mismo el negocio que encomienda. Así, agrega, yo no puedo daros un mandato para comprar mi propia casa, pues no se puede comprar una cosa que es propia.

Además, dice Mourlon, el mandante debe ser capaz de obligarse. La ejecución de un mandato conferido por un incapaz, como un menor o un interdicto, no obliga al mandante ni respecto del mandatario ni de los terceros con quien ésta haya contratado a nombre de aquél (22).

En nuestro derecho positivo es necesario llegar a igual conclusión: el mandante debe tener capacidad legal para ejecutar por sí mismo el negocio que encomienda; en caso contrario, — o sea, si le está prohibido ejecutarlo — el mandato es nulo, por ilicitud del objeto, y lo serán también los contratos que celebre el mandatario en tales condiciones.

Así, por ejemplo, siendo nulo el contrato de compraventa entre cónyuges no divorciados perpetuamente, y entre el padre o madre y el hijo de familia, adolecerá de igual defecto el mandato que otorgue uno de los cónyuges no divorciados perpetuamente para vender o comprar algo a su otro cónyuge. Será nulo absolutamente por ilicitud del objeto, artículos 1796 y 1466.

Si el mandatario ejecuta ese mandato nulo, de buena o mala fe, es indiferente, y celebra el contrato prohibido, este contrato será también nulo absolutamente, sea en virtud del artículo 1448, si el mandatario contrata a nombre del mandante, sea en virtud de los principios generales que no permiten eludir las disposiciones legales mediante "interpósitas personas", carácter que tendría el mandatario que, contratando en su propio nombre, pretendiera transferir después al mandante los efectos del contrato prohibido, artículos 1469 y 2144.

El artículo 11 del mismo Código agrega, por su parte, que "cuando la ley declara nulo algún acto, con el fin expreso o tácito de precaver un fraude, o de proveer a algún objeto de conveniencia pública o privada, no se dejará de aplicar la ley, aunque se pruebe que el acto que ella anula no ha sido fraudulento o contrario al fin de la ley". De donde se desprende que los contratos prohibidos por la ley son nulos, aun cuando se ejecuten o celebren por interpósitas personas, como sería el man-

(22) Mourlon. Ob. cit. Pág. 497. N.º 1086. T. III.

datario que contratase en su propio nombre pero en provecho del mandante (23).

Pero para que tenga lugar la nulidad es necesario que al celebrar el contrato el mandatario haya actuado en ese carácter esto es, con la intención de traspasar los efectos del contrato al mandante. Así lo ha resuelto la Corte Suprema.

102.—*Pluralidad de mandantes.*—El artículo 1438 dice que cada parte contratante puede ser una o muchas personas. El artículo 2126 confirma esa disposición estableciendo que “puede haber uno o más mandantes, y uno o más mandatarios”.

No se ha referido después el legislador a la situación que se produce cuando hay varios mandantes, de modo que tendremos que aplicar los principios generales.

En consecuencia, considerando las relaciones contractuales entre los mandantes y el mandatario, deberemos concluir que todos aquellos responden a éste por las indemnizaciones y expensas que le deban, artículo 2158, a prorrata de su parte o cuota en la deuda y la cuota del mandante insolvente no gravará a los demás, artículos 1511, inciso 1.º y 1526, inciso 1.º. A la recíproca, cada uno de los mandantes podrá exigir al mandatario su parte o cuota en el crédito.

En cuanto a la obligación principal del mandatario, de ejecutar el negocio que se le ha confiado, será por regla general indivisible, pues consiste en “hacer” una cosa que no es susceptible de división ni física ni intelectual o de cuota. En consecuencia, cualquiera de los acreedores podrá exigir del mandatario el cumplimiento total de la obligación, o sea, la ejecución completa del mandato, pero desde que a esta obligación sucede la de indemnizar los perjuicios o de rendir cuentas, la obligación se torna divisible y cada uno de los mandantes sólo puede demandar la parte o cuota que le corresponde en el crédito. Como se ve, es una situación análoga a la que se produce respecto del saneamiento de la evicción cuando hay pluralidad de vendedores obligados a ella.

103.—*Responsabilidad conjunta y solidaria.*—“En general, dice el artículo 1511, cuando se ha contratado por muchas per-

EL MANDATO CIVIL

21

sonas o para con muchas la obligación de una cosa divisible, cada uno de los deudores, en el primer caso, es obligado solamente a su parte o cuota en la deuda, y cada uno de los acreedores, en el segundo, sólo tiene derecho para demandar su parte o cuota en el crédito”.

Por consiguiente, el mandatario de varios mandantes que le han conferido de consuno el encargo, debe intentar contra cada uno de ellos la acción tendiente a que se le reparen los daños sufridos sin culpa y con ocasión del mandato y para que le paguen las demás reparaciones que por la ley o el contrato le correspondan, particularmente la remuneración estipulada o usual. Y debe demandar a cada uno a prorrata de su parte o cuota en la deuda, sin que la insolvencia de uno de ellos recaiga sobre los demás, artículo 1528, inciso 1.º.

Pero bien puede, en virtud del mismo contrato, del testamento o de la ley, pactarse solidaridad activa o pasiva, artículo 1511, inciso 2.º. En tal caso se aplicarán las disposiciones relativas a las obligaciones solidarias y entonces, si se estipuló solidaridad, el mandatario podrá exigir a cualquiera de los mandantes el pago total de lo que se le adeude a causa del mandato y el demandado deberá pagarlo, sin perjuicio de su acción contra los co-mandantes para el reembolso de lo que hubiere pagado por ellos, subrogándose en las acciones y derechos del mandatario y en las garantías que éste tenía para la seguridad de su crédito, como ser en el derecho legal de retención que le acuerda el artículo 2162 del Código Civil.

Esta regla propia del mandato civil se altera en materia comercial. La necesidad de asegurar el resultado de las transacciones mercantiles ha impulsado al legislador para transformar en regla general lo que en materia civil es una excepción estableciendo la responsabilidad solidaria de los mandantes para garantizar las prestaciones que deben al mandatario, sin perjuicio, además, del derecho legal de retención de que goza también el mandatario comercial. El artículo 290 del Código de Comercio dispone que “la comisión colectivamente conferida por muchos comitentes produce en ellos obligaciones solidarias a favor del comisionista”.

Obsérvese que se trata de un caso de solidaridad legal pasiva — y no activa, como algunos han pretendido — pues se establece a favor del comisionista que aparece como acreedor

de sus mandantes por las prestaciones que le deban, remuneración, reembolso de anticipo, etc., (24).

En materia judicial, el mandato conferido colectivamente por varios mandantes puede generarse voluntaria o forzosamente. Decimos así porque, con el objeto de obtener la mayor rapidez posible en el procedimiento, la ley dispone que habiendo varios demandantes o varios demandados, que deducen las mismas acciones o que oponen idénticas excepciones o defensas, deben nombrar un solo mandatario común, artículo 20 del Código de Procedimiento Civil.

Si las acciones deducidas por los varios demandantes o las excepciones opuestas por los varios demandados, no son iguales, pueden comparecer personalmente o por medio de mandatarios individuales o por un mandatario común, a su arbitrio, artículo 21 del Código de Procedimiento Civil. Mas, en el caso contrario, deben constituir un solo mandatario.

No dice la ley cuál es la sanción que acarrea la rebeldía de los demandantes o de los demandados para cumplir con esta obligación, pero como se trata de una cuestión que mira a la corrección del procedimiento sin afectar el fondo de la acción deducida, es evidente que puede oponerse y tramitarse como excepción dilatoria — artículo 293, N.º 6 — o bien como incidente si la identidad de las defensas aparece con posterioridad a la contestación de la demanda, como ser en la dúplica.

La responsabilidad de los mandantes es también solidaria a favor del procurador o mandatario, pues el artículo 28 del Código de Procedimiento Civil dispone que “cuando litigaren varias personas conjuntamente, cada una de ellas responderá solidariamente del pago de los derechos que a todas afecten en conformidad a los artículos anteriores, sin perjuicio de que las demás reembolsen a la que hubiere pagado, la cuota que les correspondan, a prorrata de su interés en el juicio”.

Debemos observar, de paso, que la circunstancia de constituir un mandatario común no implica la fusión de los varios mandantes en una sola persona. Por el contrario, cada uno de ellos conserva su individualidad y responsabilidad particular, así como también su interés propio en el juicio. Así por ejemplo,

(24) Julio Olavarría. Mandato Comercial. Memoria de Prueba, año 1936. Pág. 166.

EL MANDATO CIVIL

29

la ley autoriza obrar separadamente a los mandantes colectivos, si durante la secuela del juicio aparece incompatibilidad entre ellos, lo que puede ocurrir en cualquier momento.

Por eso mismo en las diligencias que practique el procurador común a nombre de todos sus mandantes, deberá acreditar que cada uno de éstos llena los requisitos necesarios para poder practicarla. Sobre este punto se ha resuelto que "interpuesto un recurso de casación a nombre de diversas personas representadas por un solo procurador, y a quienes afecta individual y separadamente el fallo recurrido, al anunciarlo, debe consignarse en arcas fiscales la cantidad que señala el artículo 972 del Código de Procedimiento Civil por cada una de las personas a cuyo nombre se intente el recurso. En consecuencia, es inadmisibile si se hace la consignación como si se tratara de una sola persona" (25).

104.—*El mandatario.*—La persona que acepta el encargo, dice el artículo 2116, inciso 2.º, se llama apoderado, procurador, y en general, mandatario. Este puede ser una persona natural o jurídica; no existe ningún inconveniente para ello y aun, por el contrario, es frecuente el caso de mandato conferido a sociedades mercantiles.

105.—*Su interés en el negocio que se le confía.*—Por regla general el mandatario carece de interés directo en el negocio que se le encomienda. En efecto, los riesgos del negocio son siempre para el mandante, lo que importa decir que tanto las pérdidas como los beneficios serán para éste y no perjudicarán ni aprovecharán al mandatario.

Corroborra esta circunstancia lo que dispone el artículo 2158, inciso final, ya que después de señalar las cinco obligaciones del mandante agrega que "éste no podrá dispensarse de cumplir sus obligaciones, alegando que el negocio encomendado al mandatario no ha tenido buen éxito; salvo que le pruebe culpa". De manera, pues, que por regla general ni aun la remuneración del mandatario depende del éxito o fracaso de la gestión que se le encomienda y de ahí la falta de interés de aquel en el negocio. En este punto el mandato ha conservado su carácter de contrato de confianza.

(25) R. de D. y J. T. XXVI Sec. 1.º pág: 208.

En consecuencia, la rendición de cuentas por parte del mandatario no es una obligación cuya falta de cumplimiento le impida reclamar el pago de sus servicios, si el mandante no ejerce acción en forma para impedirlo (26).

Expresa Pothier, refiriéndose al interés que pueden tener las partes en el negocio que se encomienda, que "para que un asunto pueda ser objeto de mandato es necesario que no concierna exclusivamente al mandatario" (27). Y en otra parte agrega: "Aun cuando el mandato sea un contrato que mira solamente el interés del mandante, en que el mandatario interviene únicamente por hacer un servicio al mandante, sin que tenga interés alguno en el negocio que se le encomienda... etc", (28).

Mourlon indica las personas en cuyo interés puede conferirse el mandato y dice que puede otorgarse: 1.º en interés de aquel que lo confiere, que es el caso más frecuente. 2.º en interés del mandante y del mandatario, o 3.º en interés de un tercero, produciéndose, en este caso, un cuasicontrato de agencia oficiosa entre el mandante y el tercero si éste no lo autorizó para ello (29).

Nuestro Código dispone al respecto, siguiendo en esto la doctrina universal, que "si el negocio interesa juntamente al que hace el encargo y al que lo acepta, o cualquiera de estos dos o a ambos y a un tercero, habrá verdadero mandato; si el mandante obra sin autorización del tercero, se producirá entre estos dos el cuasicontrato de agencia oficiosa", artículo 2120 del Código Civil.

De manera, entonces, que el solo interés del mandatario no es suficiente para generar un mandato; en tal caso se produce un mero consejo, como lo veremos en su oportunidad, artículo 2119.

106.—*Caso en que el negocio interesa sólo al mandante.*— Si el negocio encomendado interesa sólo al mandante, como es el caso más frecuente, habrá un verdadero mandato, tanto porque así aparece de la propia definición que nos da el artículo 2116, cuanto porque así lo establece el artículo 2120.

(26) R. de D. y J. T. XXXV Sec. 1.ª pág. 11.

(27) Ob. cit. T. V. pág. 178 N.º 15.

(28) Pothier, ob. cit. T. V. pág. 188 N.º 46.

(29) Mourlon, ob. cit. T. III. pág. 198 N.º 1088.

Por consiguiente, probada la existencia de un mandato que interesa al mandante, no cabe acoger la defensa que éste alegue en el sentido de que se trata de una simple recomendación, por que ambas situaciones jurídicas son incompatibles entre sí. Teniendo el mandante interés en las gestiones practicadas por el mandatario — ha establecido la Corte Suprema — no puede haber mero consejo (30).

107.—*Mandato que interesa sólo a un tercero.*—Si el negocio que se encomienda no interesa al que hace el encargo ni al que lo acepta, sino a un tercero exclusivamente, hay un verdadero mandato. Así lo dispone expresamente el artículo 2120 de nuestro Código Civil.

En este punto nuestro Código ha seguido la doctrina sustentada por los romanos y aceptada por Pothier. Como este dice, no es necesario, para la validez del mandato, que el negocio encomendado interese al mandante, en todo o parte. Un negocio que interese a un tercero exclusivamente, puede ser objeto de un mandato válido (31).

En igual sentido se pronuncian otros autores como Mourlon (32) y Baudry-Lacantinerie, pero éste pone como condición para la validez del mandato, que el mandante actúe como gestor de negocios del tercero, porque, en caso contrario, se incurre en la sanción de nulidad que el Código francés establece respecto de las estipulaciones para otro, cuestión ésta que no nos afecta por cuanto el Código Civil chileno sienta la regla contraria (33).

También opina por la validez el tratadista Troplong, y en contra, Laurent. No hay mandato, dice este autor, si el mandante carece de interés en la ejecución del mandato; estaríamos en presencia de una estipulación inútil, agrega, y una estipulación de tal naturaleza está viciada en su esencia (34).

Como ya lo hemos dicho anteriormente, en nuestro derecho no hay cuestión; el mandato es válido, artículo 2120.

Establecida la validez del mandato conferido en interés ex-

(30) R. de D. y J. T. XXXIV Sec. 1.ª pág. 435.

(31) Pothier ob. cit. T. V. pág. 178 N.º 17.

(32) Ob. cit. T. III, pág. 498-499.

(33) Ob. cit. T. XXIV, pág. 241 N.º 401, arts. 1449 y 1450

C. Civil Chileno.

(34) Laurent. Ob. cit. T. XXVII pág. 457 N.º 405.

clusivo de un tercero, es necesario examinar las relaciones jurídicas que se generan entre éste y las partes que celebraron el mandato. Para ello consideremos que el mandante puede actuar con el consentimiento del tercero o sin ese consentimiento. En el primer caso existe entre el tercero y el que confirió el encargo un nuevo mandato, que en cierto punto es antecedente del segundo. El primer mandato es el que se genera entre el tercero, que encomienda el negocio, y el que lo acepta y que, en consecuencia, aparece como mandatario respecto de aquel. Confiriendo éste el encargo a otro, se produce un nuevo mandato entre el mandatario del tercero, que ahora asume el rol de mandante y el tercero que ha contratado con éste y que aparece como mandatario.

En otros términos, en el caso propuesto se produce siempre una delegación, que efectúa el mandatario, del encargo conferido por el tercero verdadero interesado en el negocio. Este es el mandante, el que lo delega es su mandatario, y el último que lo acepta, el delegado.

El mandatario puede delegar el encargo a su propio nombre o al del mandante, artículo 2161. Si lo delega en su propio nombre, esta delegación no obliga al mandante respecto del delegado, y, por lo tanto, éste carece de acción contra aquel. En otros términos, en vez de delegación se genera un nuevo mandato, entre delegante y delegado, independiente del que le confirió el tercero. Esta es la situación que contempla el artículo 2120 de nuestro Código Civil.

Si el mandatario delega el encargo a nombre del mandante (es decir, del tercero a que se refiere el artículo 2120 del Código Civil) habrá una delegación propiamente tal y el mandante o tercero tendrá acción contra el delegado y éste contra aquél, en los términos que prescriben los artículos 2137 y 2138 del Código Civil.

Esta situación aparece reglamentada más claramente en el Código de Comercio. El artículo 266 dispone al respecto que "la delegación ejecutada a nombre del comitente pone término a la comisión respecto del comisionista". "Verificada la delegación a nombre del comisionista, subsiste la comisión con todos sus efectos legales y se constituye otra nueva, entre el delegante y el delegado".

Esta conclusión no tiene siempre cabida, tratándose del man-

EL MANDATO CIVIL

27

dato civil, pues la delegación no pone término al mandato, por regla general, sino excepcionalmente cuando el mandante ha autorizado la delegación expresando la persona a quien podía cometerse el negocio, artículo 2137. Volveremos sobre este punto al tratar de la delegación del mandato.

Si el mandante actúa sin autorización del tercero interesado en el negocio, se producirá entre estos dos el cuasicontrato de agencia oficiosa, dispone el artículo 2120 del Código Civil. No dice nuestro Código, en cambio, qué relaciones se producen entre el mandatario y el tercero o interesado, por lo que debemos recurrir a los principios generales.

Desde luego, es necesario descartar toda idea de relaciones contractuales entre el mandatario y el tercero interesado. Este no ha hecho una declaración de voluntad y, por consiguiente, si resulta obligado a favor del mandante no es por su voluntad, sino por la ley — cuasicontrato de agencia oficiosa — de modo que mucho menos puede resultar contractualmente obligado para con el mandatario. Pero puede resultar obligado, en cambio, en virtud de los principios de la agencia oficiosa. En efecto, jurídicamente estamos en presencia de una agencia oficiosa en que el tercero es el principal o interesado; el mandante aparece como gestor o agente oficioso y el mandatario como un tercero contratante. Por consiguiente, el mandatario tiene dos acciones: una derivada del mandato que sólo puede intentar contra el mandante, y otra derivada de la agencia oficiosa que puede intentar contra el principal o interesado, si prueba que la gestión le ha sido útil, para que asuma las obligaciones contraídas en el desempeño de su encargo en beneficio del mismo tercero interesado.

Si el mandatario no ejecuta el encargo que le ha conferido el mandante, que es a la vez agente oficioso del tercero, puede ser constreñido a la indemnización de los perjuicios causados por el incumplimiento o el retardo. La acción de perjuicios puede intentarse por el mandante, en cuanto justifique que esos perjuicios los ha sufrido él personalmente (como ocurre si el tercero interesado le cobra los que le ha irrogado la mala administración de sus negocios por el gestor-mandante, artículo 2290, inciso final), o que los perjuicios los ha sufrido el interesado, pero en este caso actuará como agente oficioso del tercero y entonces la indemnización de perjuicios a que sea con-

denado. el mandatario redundará en provecho exclusivo del tercero.

Observaremos, sin embargo, que el agente oficioso sólo podrá comparecer en juicio ofreciendo garantía de que el interesado ratificará lo que se hubiere obrado en su nombre. El tribunal calificará la circunstancia y la garantía ofrecida, y fijará un plazo para la ratificación del interesado, artículo 7, inciso 3.º del Código de Procedimiento Civil.

A la misma conclusión arriba Mourlon. "Si el mandatario no ejecuta el mandato que le ha conferido el agente oficioso o lo ejecuta mal, dice Mourlon, éste puede perseguir la reparación de los perjuicios, pero el beneficio de la reparación pertenecerá al interesado, pues es la acción de éste y no la personal del agente la que se ha intentado. *Demandando la indemnización de perjuicios*, el agente no hace sino continuar la gestión que se ha principiado por el otorgamiento del mandato (35).

El interesado puede accionar, a su vez, contra el mandatario, si le ha rendido cuenta el agente o ha ratificado la gestión, ya que en ambos casos ceden a favor del interesado las acciones que competen al agente contra los terceros con quienes ha contratado durante su gestión (36).

108.—*Mandato que interesa al mandante y a un tercero.*— Si el mandato interesa juntamente al que hace el encargo y a un tercero, dispone el artículo 2120, habrá verdadero mandato.

En consecuencia, agreguemos, entre el mandante y el tercero se aplicarán las reglas pertinentes de la relación contractual o extracontractual que se haya producido entre ambos: sociedad, cuentas en participación, comunidad, agencia oficiosa, etc. En cuanto al mandatario, contraerá las obligaciones que del mandato emanan y, a su vez, los derechos que en tal carácter tenga contra su mandante.

El tercero, como en el caso precedente, es ajeno a toda relación contractual con el mandatario. Si el mandante ha conferido el encargo como agente oficioso del tercero, deberán aplicarse al caso los mismos principios que señalamos en el número precedente. Si las relaciones jurídicas entre mandante y

(35) Mourlon, ob. cit. T. X pág. 499 N.º 1088.

(36) Pothier, ob. cit. T. V pág. 170 N.º 17.

EL MANDATO CIVIL

29

tercero son otras que la agencia oficiosa, el mandatario carecerá de acción contra dicho tercero, ni aun por el enriquecimiento que éste hubiese experimentado por la actuación de aquel. Así, por ejemplo, si un socio confiere mandato para un negocio que le interesa tanto a él personalmente cuanto a la sociedad de que forma parte, el mandatario carece de acción contra dicha sociedad y sólo puede dirigirse contra el socio mandante. Esta misma es la conclusión a que llega el artículo 2094, inciso 1.º del Código Civil.

Todo lo dicho se entiende siempre que el mandante contrate en su propio nombre. Si al conferir el encargo dice que comparece por sí y en representación del tercero, el mandatario tendrá acción contra su mandante, según las reglas generales, y contra el tercero, a quien deberá considerarse también como mandante, si autorizó al que encomendó el negocio, artículos 2116 y 2151, o bien como interesado, si no lo autorizó, artículos 2120, parte final, y 2290, inciso 1.º.

Se ha fallado, de esta manera, que “pudiendo cada uno de los socios representar indistintamente a la sociedad y *conferido el mandato asumiendo esa representación y obrando también por sí*, debe entenderse que también el poder lo extiende en la doble calidad con que intervenía en la causa si al otorgarlo no se reserva expresamente alguna de esas calidades” (37).

Obsérvese que en este caso el mandante actúa por sí y a nombre del tercero interesado (la sociedad) de tal manera que el mandatario tiene acción contra el primero — en su carácter de mandante — y contra la sociedad, en su carácter de representada.

109.—*Mandato que interesa al mandatario y a un tercero.* — También hay verdadero mandato cuando el negocio que se encomienda interesa juntamente al mandatario y a un tercero, artículo 2120.

El mandatario, en la parte que le interesa, ejecuta un negocio suyo, cuyos riesgos soportará personalmente, y en la parte que interesa al tercero, actuará verdaderamente como tal mandatario.

(37) R. de D. y J. T. XXIX Sec. 1.º pág. 601.

En cuanto a sus relaciones con el mandante y con el tercero, nos remitimos a lo dicho en el N.º 107 de este Capítulo.

Observemos, por último, que el negocio puede interesar, también, al mandante, al mandatario y a un tercero, artículo 2120. Las relaciones jurídicas a que da origen esta situación resultan de la combinación de las reglas anteriores, por lo que no insistiremos en ella.

110.—*Mandato en que el negocio encomendado interesa solamente al mandatario.*—Cuando estudiamos los caracteres esenciales del mandato en nuestro derecho, dijimos que el de más importancia, sin duda, es aquel que consiste en que el mandatario se encargue del negocio encomendado por cuenta y riesgo del mandante, debiendo entenderse esto en el sentido que los efectos jurídicos y pecuniarios de dicho negocio son de cargo exclusivo del mandante, de manera que para el mandatario ese negocio viene a ser una “res inter alias acta” (38).

Fácil es concluir, entonces, que si el negocio encomendado interesa exclusivamente al mandatario, no habrá verdadero mandato. El artículo 2116, que define este contrato, expresa que el mandatario se hace cargo del negocio “por cuenta y riesgo” del mandante. Puede actuar el mandatario en su propio nombre o en nombre del mandante, pero en uno u otro caso debe hacerlo por cuenta de éste.

De aquí, entonces, que el legislador haya establecido expresamente que “el negocio que interesa al mandatario solo, es un mero consejo, que no produce obligación alguna, artículo 2119, inciso 1.º.

En igual sentido se pronuncia la totalidad de los tratadistas franceses. No existe mandato en interés exclusivo del mandatario, dice Baudry-Lacantinerie; un mandato semejante no tendría otro valor que el de un simple consejo (39).

Así, agrega Mourlon, yo no soy responsable de los préstamos que usted haya efectuado porque yo le he dicho que es mejor que preste su dinero a interés que dedicarlo a la adqui-

(38) Véase el Capítulo II y Rev. de D. y J. T. XXIV Sec. 1.º pág. 484.

(39) Ob. cit. pág. 242 N.º 462; Mourlon, ob. cit. pág. 499 N.º 1089.

sición de propiedades. Este es un simple consejo que no obliga a ninguna de las partes (40).

A la misma conclusión se llega en el Código Civil alemán. Ludwing Enneccerus dice que si el mandato versa exclusivamente sobre asuntos del mandatario — como la inversión de sus capitales — faltará, por regla general, toda intención de vincularse y habrá de suponerse que se trata únicamente de un consejo, pero en el cual puede ir implícita una promesa de garantía (41).

Tenemos, entonces, que en el caso propuesto no hay mandato, sino — como nuestro legislador se adelanta a establecer para evitar toda duda — un “mero consejo”. Tal es, por lo demás, la solución a que llegan los tratadistas.

¿Cuál es, ahora, la diferencia entre el mandato y el mero consejo? La cuestión puede plantearse en los mismos términos que respecto del mandato y la mera recomendación de negocios ajenos (42).

Es necesario distinguir, dice Domat — a quien se remiten Marcadé y Pont — el mandato y la comisión en que se da un encargo expreso, con la intención de generar un contrato o convención obligatorios, y las recomendaciones o consejos que no envuelven intención alguna de generar una obligación y que sólo miran el interés de la persona a quien se da el consejo o de la persona cuyos negocios se recomiendan, y que dejan en entera libertad de hacer o no lo que se ha aconsejado o recomendado. Pues en este caso no se genera relación contractual alguna. He aquí, entonces, la regla; el mandato importa obligarse, el que lo recibe, a ejecutar el negocio y a rendir cuentas y el que lo confiere, a indemnizar al mandatario de todo perjuicio.

Por el contrario, ni la recomendación ni el consejo entrañan obligación; el que ha recibido el consejo no es obligado a seguirlo y, por lo mismo, carece de derecho a cualquiera indemnización aun cuando el negocio que realiza siguiendo el consejo haya fracasado con perjuicio para él (43).

Lo mismo dice Troplong, cuyas opiniones tienen gran importancia en nuestro derecho por cuanto sirvió de inspiración

(40) Véase también Demande, ob. cit. pág. 448. N.º 820 y 834

(41) Ludwing Enneccerus, ob. cit. T. II pág. 321.

(42) Véase el N.º

(43) Marcadé y Pont ob. cit. pág. 458 N.º 834.

a Andrés Bello en lo relativo al mandato (44). Por lo demás, es la misma solución de Pothier (45).

Para determinar, en un caso concreto, si se trata de un verdadero mandato o un mero consejo, es necesario atender a la intención de las partes. Pothier decía que uno de los elementos esenciales del mandato consiste en que el mandante tenga la voluntad de cargar con los riesgos del negocio que encomienda y obligarse a indemnizar al mandatario; y que éste, por su lado, tenga la intención de obligarse a ejecutar el cargo. Es por esta voluntad recíproca, agrega Pothier, que se genera el mandato (46)

He aquí, pues, lo que distingue el mandato de la recomendación de negocios ajenos, y del consejo de negocios propios del mandatario, pues, dice el mismo Pothier, en el caso del consejo falta esta intención de obligarse recíprocamente el uno al otro.

Tratándose del mero consejo nos parece, sin embargo, que debe seguirse un criterio más objetivo. La ley considera únicamente el interés que tiene el mandatario en el negocio para determinar si hay propiamente mandato o no, de tal manera que cuando el negocio interesa solamente al mandatario hay consejo, no obstante la intención de las partes. Esta intención tiene interés para distinguir la recomendación de negocios ajenos del mandato conferido en interés exclusivo de un tercero (47), pero no en el consejo de negocios propios del supuesto mandatario, porque, como lo observamos al iniciar este párrafo, si el negocio interesa solamente al mandatario no puede haber mandato pues faltaría uno de los elementos esenciales.

Nuestros tribunales lo han entendido así, declarándose por la Corte de Apelaciones de Santiago que teniendo interés el mandante en las gestiones practicadas por el mandatario, no puede haber mero consejo (48). O sea, en la situación inversa, esto es acreditado que el mandato interesaba tanto al que encargó el negocio como al que lo aceptó, no puede admitirse que se trate de un mero consejo.

(44) Troplong-Dumandat pág. 21.

(45) Ob. cit. pág. 178 y 180, N.º 20 y 21.

(46) Ob. cit. pág. 179, N.º 18.

(47) Véase el N.º

(48) R. de D. y J. T. XXXIV, Sec. 1.º, pág. 435.

EL MANDATO CIVIL

33

Este es, por lo demás, el criterio evidente del artículo 2119, que no atiende a la intención de las partes sino al interés que tengan en el negocio.

Aceptada una u otra opinión, lo cierto es que serán los jueces del fondo quienes determinarán soberanamente si se trata de un mandato o de un mero consejo, puesto que ello depende de las pruebas que se rindan.

Sin embargo, observemos que si con la prueba rendida los tribunales de instancia califican erróneamente el acto, dando el valor de mandato a un mero consejo que interesa solamente al que ejecuta el negocio o vice-versa, puede recurrirse de casación en el fondo por violación de la ley y en especial del artículo 2119.

En cuanto a la persona sobre quien pesa la obligación de probar, fácil es concluir que de acuerdo con los principios generales (artículo 1698) incumbe probar la existencia del mandato a aquel que alega su existencia. El que pretende que se trata de un mero consejo, en principio nada tiene que probar, puesto que ello importa sostener, simplemente, la no existencia de las obligaciones que se le imputan en virtud del pretendido mandato; pero acreditada la existencia del contrato por el que lo alega, su defensa se transforma en excepción y deberá acreditar que el negocio encomendado interesaba sólo al mandatario. Decimos así porque, como se ha resuelto, "probada la existencia del mandato no cabe acoger la defensa de que se trata de una simple recomendación porque ambas situaciones jurídicas son incompatibles entre sí" (49).

En caso de duda, los jueces deben resolver que se trata de un mero consejo, ya que éste no impone obligación alguna y, en principio, las obligaciones no se presumen. Tal es lo que dispone la ley respecto de la recomendación de negocios ajenos (artículo 2121, parte final), que debe extenderse al caso del consejo, por analogía. Así lo entiende, también, la mayoría de los tratadistas franceses (50).

111.—*Responsabilidad del que da un mero consejo.*—En principio, el mero consejo no produce obligación alguna, artículo

(49) R. de D. y J. T. XXXIV, Sec. 1.ª, pág. 435.

(50) Marcadé y Pont, ob. cit. pág. 459, N.º 835.

2119, inciso 1.º. Esto se explica, como se ha visto, considerando que el que lo recibe no es obligado a seguirlo. Por lo tanto, si lo hace, actúa por su cuenta y riesgo.

Sin embargo, tal como la recomendación, el consejo puede convertirse en fuente de obligaciones para el que lo da, cuando aconseja maliciosamente. En tal caso el aconsejador queda obligado a la indemnización de perjuicios, artículo 2119, inciso 2.

El fundamento de esta responsabilidad no es otro que el delito civil, artículos 2284, inciso 3.º, 2314 y 2316. Pothier decía que en este caso es "el dolo que me obliga a reparar los perjuicios que usted haya sufrido como consecuencia de la ejecución del negocio aconsejado". (51).

No cabe duda que éste ha sido también el criterio seguido por Andrés Bello, al emplear la palabra "maliciosamente" de que se vale en el citado artículo 2119. Asimismo lo entiende Troplong: "Sin duda, dice, que si el consejo era fraudulento hay acción contra el aconsejador. Pero, aun en este caso, la acción no sería la que emana del mandato sino la acción de dolo (52).

La responsabilidad de que aquí se trata es, por consiguiente, extracontractual y comprende la reparación de todo el daño sufrido, que se determina en conformidad a las reglas relativas a los delitos civiles.

Por esa circunstancia cabe hacer presente que no presumiéndose el dolo, debe probarlo la parte que lo alega, esto es el aconsejado, y que la prueba debe tender a acreditar "la intención positiva" de inferirle daño mediante el consejo.

Así se ha resuelto que debe entenderse por intención dolosa los actos o manifestaciones de voluntad formalmente determinados a causar el daño de que se reclama (53) o una voluntad concreta y demostrada en hechos precisos, que, sin lugar a dudas, establezcan la intención dañosa del sujeto en algún acto encaminado claramente a perjudicar a otro (54). O actos ejecutados con el fin calculado de causar con ello un perjuicio (55). La intención debe deducirse de algún hecho o conjunto de he-

(51) Ob. cit., pág. 180, N.º 21.

(52) Troplong ob. cit. pág. 25, N.º 15.

(53) R. de D. y J. T. XXV, Sec. 1.ª, pág. 117.

(54) R. de D. y J. T. XXVII, Sec. 1.ª, pág. 440.

(55) R. de D. y J. T. XXXI, Sec. 2.ª.

chos que la comprueben claramente (56). De manera que a falta de hechos que la constituyan, no basta la situación hipotética en que se colocan los jueces del fondo para calificar la existencia del dolo (57).

Faltando la malicia, o bien no pudiéndose acreditar en la forma que lo exigen nuestros tribunales, el aconsejador queda exento de responsabilidad, aun cuando el aconsejado haya sufrido perjuicios y aun cuando el consejo se haya dado indiscreta o imprudentemente. Tal es la solución que daba Pothier (58).

Así también lo entiende Troplong: "Es por eso que la jurisprudencia ha resuelto, dice este autor, que el abogado que se equivoca en los consejos u opiniones que da a los clientes que le consultan, está exento de responsabilidad siempre que no haya procedido con fraude o dolo para inducirlos a error, porque la impericia es ordinariamente una falta, pero no supone necesariamente dolo" (59). Y como el consejo inexperto no obliga al que lo recibe, puesto que éste no se halla obligado a seguirlo y si lo hace es en virtud de su libre y espontánea voluntad, su aquiescencia voluntaria borra la imprudencia del aconsejador o, en todo caso, la compensa por una imprudencia igual. Así razona Troplong y tal razonamiento puede aplicarse a nuestro derecho.

Por lo tanto, el consejo imprudente o culpable no da lugar a indemnización de perjuicios, ni aun en el caso de culpa grave ya que la ley ha empleado la expresión "maliciosamente" que restringe la regla al caso de dolo. En sentido contrario se pronuncia Laurent. No cabe duda, dice este autor, que el dolo engendra responsabilidad, pero Pothier va demasiado lejos, agrega, al librar de toda responsabilidad al que da un consejo indiscreto. En nuestro derecho, continúa Laurent, desde que hay imprudencia hay responsabilidad (60). En consecuencia, concluye, quien da un consejo puede ser responsable de un delito o de un cuasidelito, según haya dolo o haya culpa.

Duranton admite la responsabilidad del aconsejador si éste

(56) R. de D. y J. T. XVIII, Sec. 1.ª, pág. 405.
(57) R. de D. y J. T. XVIII, Sec. 1.ª, pág. 405.
(58) Ob. cit. pág. 180, N.º 21, parte primera.
(59) Troplong, ob. cit. pág. 27.
(60) Laurent, ob. cit. pág. 410, N.º 360.

actúa de mala fe, pero entiende por mala fe lo que nuestro Código por maliciosamente, de modo que coincide con Trop-Long y se aparta de Laurent (61).

Insistiremos en que en nuestro derecho la responsabilidad del aconsejador se genera sólo en caso de dolo y no de culpa. Dar un consejo es un hecho lícito que no produce obligación, tal es la regla general. Excepcionalmente se transforma en ilícito y ello sólo en virtud del dolo que, dada su naturaleza jurídica delictual, importa por sí sólo la comisión de un delito. En nuestro derecho esto es indudable, artículo 2119.

Por lo mismo, la reparación del daño se sujeta a las reglas de los delitos y no a las que establece la ley para el incumplimiento de las obligaciones que emanan de la convención o del contrato.

En el derecho alemán se reglamenta en forma precisa la responsabilidad del aconsejador, partiendo, sí, del mismo principio que el sentado por nuestro Código: "El que da a otro un consejo o le hace una recomendación, no estará obligado a reparar el daño que resulte de haber seguido su parecer o su consejo, sin perjuicio de la responsabilidad que resulte de una relación contractual o de un hecho ilícito", artículo 676 Código Civil alemán.

Como puede observarse, el Código alemán distingue dos situaciones: 1.º si existía una relación obligatoria que generaba la de dar el consejo; y 2.º si no existía.

En el primer caso, el que aconseja es responsable contractualmente, en los términos que resulten de la relación obligatoria, sea por culpa o dolo, según las reglas generales. Tal ocurre en el caso del médico o del abogado que atiende consultas relacionadas con su profesión, mediante una remuneración. En verdad, estamos en presencia de un arrendamiento de servicios inmateriales y la responsabilidad del médico o del abogado es la que deriva de dicho contrato. Por consiguiente, en este caso no es necesario dolo para que surja responsabilidad, basta que haya culpa, aun leve.

Advertiremos, desde luego, que el artículo 2119 de nuestro Código parte del supuesto que el consejo se da gratuitamente, por un acto de buena voluntad, sin que exista obligación para ello.

(61) Durantón, ob. cit. T. XVIII, pág. 195, N.º 202.

EL MANDATO CIVIL

37

También admite el Código alemán la responsabilidad del aconsejador si éste ha asumido la responsabilidad del daño mediante un contrato de garantía encaminado directamente a ese objeto, sea saliendo fiador por el recomendado o por el negocio recomendado (62).

No vemos inconveniente, tampoco, para llegar a esta solución en nuestro derecho. Tal contrato sería lícito y muy semejante al de fianza y al de seguro.

Por último, el consejo genera responsabilidad si implica un delito, esto es, dice Ennececerus, si el consejo, la recomendación o informe han sido dados a sabiendas de su inexactitud con intención de perjudicar o si hay engaño punible.

Como puede observarse, es la misma solución de nuestro Código. No mediando relación obligatoria, el aconsejador es responsable en caso de dolo, no así de culpa.

Concluyendo, el consejo y la recomendación, por regla general, no son fuentes de responsabilidad ni de obligaciones para el que aconseja o recomienda. Aunque indirectamente, puede desprenderse tal doctrina de una sentencia de la Corte Suprema según la cual, "el delegado o apoderado de una sociedad anónima, al comunicar a los empleados bajo su dependencia, por medio de una circular, que el Directorio había acordado cierta participación en las utilidades a los empleados superiores de la misma, no ejecuta un acto propio de su calidad de mandato que obligue al mandante respecto de terceros. En consecuencia, establecido por el tribunal sentenciador, como resultado del examen probatorio de los antecedentes de la causa, que no se ha probado que el directorio hubiera acordado dicha gratificación, no infringe ninguna disposición legal la sentencia que desecha la demanda deducida por los empleados exigiendo el pago de la gratificación (63).

(62) Ludwing Ennececerus.

(63) R. de D. y J. T. XVI, Sec. 1.ª, pág. 150.